



DELIBERA N. 81

Del 27 gennaio 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da GIEMME S.r.l. – Procedura aperta per l’esecuzione di lavori sulla base del progetto esecutivo (art. 26, comma 8, d.lgs. n. 50/2016) ai sensi dell’art. 60, d.lgs. n. 50/2016, interamente telematica, relativa a “Intervento di sistemazione ed ampliamento aree cimiteriali - Realizzazione loculi lotto II – Stralcio I – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: € 1.163.056,30 - S.A.: Comune di Pomigliano d’Arco (NA)

PREC 260/2020/L

Riferimenti normativi

Art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Aggiudicazione – Criterio del Minor prezzo – Calcolo della soglia di anomalia – Taglio delle ali – Criterio del “blocco unitario” o “assoluto” – Criterio “relativo” - Esclusione automatica

Massime

Aggiudicazione con il criterio del minor prezzo – Taglio delle ali – Offerte con eguale ribasso – Criterio del “blocco unitario” - Interpretazione

L’art. 97, comma 2, lett. a) del Codice, come modificato con il d.l. n. 32/2019 (conv. con l. n. 55/2019), è interpretato nel senso che le offerte con eguale ribasso interessate dal taglio delle ali, sia che si trovino “a cavallo” sia che si trovino “all’interno” delle ali, devono essere accantonate e computate come se fossero un’unica offerta secondo il criterio del “blocco unitario”.

Art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 27 gennaio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 93752 del 09/12/2020 con la quale, in relazione alla procedura di gara in oggetto, la GIEMME S.r.l. contesta la graduatoria e il conseguente verbale di aggiudicazione in favore dell'operatore economico che ha presentato il maggior ribasso, ritenendo che sia stato violato ed erroneamente applicato l'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 e la *lex specialis* di gara con riferimento all'applicazione della disciplina del "taglio delle ali" ed alla individuazione della soglia di anomalia, che assume erroneamente calcolata, in quanto il seggio di gara, per le offerte uguali (all'interno e a cavallo delle ali), avrebbe applicato il criterio assoluto e non quello del "blocco unitario" o "relativo" secondo cui le offerte uguali avrebbero dovuto essere conteggiate come se fossero un'unica offerta; applicando il criterio assoluto alla procedura del taglio delle ali, il seggio di gara avrebbe individuato una soglia di anomalia pari a 35,71% con successiva aggiudicazione al concorrente che aveva offerto un ribasso percentuale pari a 35,70%, con l'effetto che l'offerta presentata dall'operatore economico istante, con un ribasso pari a 35,98%, veniva esclusa automaticamente dalla procedura; secondo l'istante, se si fosse applicato il criterio del "blocco unitario" o "relativo", come avrebbe dovuto essere sulla base del quadro normativo e giurisprudenziale, la soglia di anomalia sarebbe stata individuata nel valore pari a 35,98% ed egli si sarebbe classificato primo in graduatoria con altro operatore economico;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 96705 del 18/12/2020;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi dalle parti interessate;

PREMESSO che l'Autorità si può pronunciare esclusivamente sulla ritenuta corretta procedura di determinazione della soglia di anomalia delle offerte e non anche sulla idoneità dei sistemi informatici utilizzati nella procedura telematica, che potrebbero eventualmente risentire di aggiornamenti non conformi ai mutati quadri normativi e agli orientamenti giurisprudenziali maggioritari;

CONSIDERATO che alla procedura di gara in esame erano ammessi a presentare offerta n. 247 operatori economici, con conseguente applicazione dell'esclusione automatica delle offerte con una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, commi 2 e 8, d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO che l'istante sostiene, a fondamento della contestata illegittimità dell'operato della commissione di gara, che essendo state ammesse 247 offerte ed essendo il 10% delle stesse pari a n. 24,7, arrotondato all'unità superiore, si procedeva all'esclusione di n. 25 offerte di maggior ribasso e n. 25 offerte di minor ribasso; tuttavia, la stazione appaltante avrebbe agito in contrasto con l'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 in quanto avrebbe dovuto «accantonare anche ulteriori due offerte», da includere nell'ala da tagliare; precisamente, il seggio di gara avrebbe «calcolato la soglia di anomalia in violazione degli artt. 97 e segg. del codice non avendo considerato come una sola offerta le due offerte che presentavano ribassi uguali fra quelle, pari al dieci per cento di quelle ammesse (...)», disattendendo l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 5 del 19/09/2017 in ordine all'interpretazione degli abrogati art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 121, d.P.R. n. 207/2010 ed altri precedenti giurisprudenziali, insieme a delibere dell'Autorità;

CONSIDERATO che, dalla documentazione trasmessa in atti dalla stazione appaltante, risulta che quest'ultima deliberava «di applicare per la determinazione della soglia di anomalia il cd. criterio assoluto, come riportato nel paragrafo 6.6. lettera a) del disciplinare di gara » (verbale di gara n. 13 del 30/10/2020); quindi, al taglio delle ali era applicato il criterio assoluto con conseguente individuazione della soglia di anomalia pari a 35,71% e successiva aggiudicazione provvisoria al concorrente con un ribasso percentuale pari a 35,70% (verbale di gara n. 14 del 10/11/2020); nella nota del 05/01/2021 l'Autorità di Gara Monocratica evidenzia alla stazione appaltante che «le operazioni di gara sono state svolte utilizzando la piattaforma net4market e che tutte le operazioni matematiche, atte a determinare la soglia di anomalia, sono effettuate in maniera automatica dal sistema, escludendo qualunque tipo d'intervento diretto o indiretto da parte dell'autorità di gara (...) La stazione appaltante ha regolamentato la determinazione della soglia di anomalia all'articolo 6.6 del disciplinare di gara ed ha stabilito coerentemente alla disposizione di legge che nel calcolo delle cosiddette ali le singole offerte aventi un uguale valore di ribasso vadano considerate distintamente nei loro singoli valori (criterio assoluto delle offerte)»;

CONSIDERATO che la controversia concerne sostanzialmente la determinazione del numero dei concorrenti che deve essere accantonato con il taglio delle ali, per la stazione appaltante pari a 50 in applicazione del criterio assoluto, mentre per l'operatore economico istante pari a 52 conteggiando come unica offerta quelle all'interno delle ali che presentano eguale valore secondo il criterio del blocco unitario, cosicché l'applicazione dell'uno o dell'altro criterio condiziona le operazioni matematiche conseguenti e determinanti il calcolo della soglia di anomalia;

CONSIDERATO che, per l'ipotesi di offerte ammesse in numero pari o superiore a quindici, l'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 dispone: «Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue: a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare; (...)»;

CONSIDERATO che l'art. 6.6 del disciplinare di gara, per l'ipotesi di offerte ammesse in numero pari o superiore a 15, riporta le prescrizioni dettate dall'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2015 in ordine alle modalità di applicazione del criterio del "taglio delle ali" e di individuazione della soglia di anomalia dell'offerta;

CONSIDERATO che l'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal decreto legge n. 32/2019 (convertito dalla legge n. 55/2019), che il disciplinare riporta all'art. 6.6. lettera a), riproduce sostanzialmente le prescrizioni contenute all'abrogato art. 121, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 nella parte in cui è disposto che «*le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare*»;

CONSIDERATO che, con riferimento al pregresso quadro normativo (art. 86, d.lgs. n. 163/2006 e art. 121, d.P.R. n. 207/2010, il Consiglio di Stato, nella sentenza resa in Adunanza plenaria n. 5/2017 del 19/09/2017, ha espresso il seguente orientamento interpretativo delle norme: « 1) il comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163 del 2006 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse; 2) il secondo periodo del comma 1 del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia") deve a propria volta essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse»; nella sentenza citata, il Consiglio di Stato rinveniva la ratio sottesa all'art. 121, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 nella intenzione di «evitare che offerte di contenuto identico (siano esse poste all'interno o al margine delle ali) finiscano per limitare l'utilità stessa dell'accantonamento, ampliando in modo eccessivo la base di calcolo delle medie di gara e, in ultima analisi, rendendo inaffidabili i risultati dell'operazione nel suo complesso (in tal senso, il parere dell'AVCP n. 87 dell'8 maggio 2014)» e di «consentire (una volta individuate in modo adeguato le offerte da tenere in considerazione ai fini del calcolo delle medie di gara – al netto, quindi, di quelle oggetto di accantonamento -) che alla determinazione di tali medie partecipino tutte le offerte non accantonate (...)»; l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha trovato conferma in diverse pronunce successive, anche rispetto al quadro normativo nel frattempo subentrato e anche con riferimento all'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, nella originaria formulazione che non forniva specifiche indicazioni in merito alla regola da usare nel taglio delle ali (si vedano: Cons. Stato, sez. V, 21/06/2018, n. 3821 e Cons. Stato, sez. V, 06/08/2018, n. 4821; in tale senso anche delibera ANAC n. 1080 del 21/11/2018 e delibera ANAC n. 210 del 26/02/2020);

RITENUTO che l'art. 97, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prescrive che «le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare», debba interpretarsi in maniera coerente con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 5/2017; ne consegue che nella disciplina del calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, le offerte identiche sono prese in considerazione nei loro singoli valori, mentre le offerte con eguale ribasso "estreme", cioè interessate dal taglio delle ali (sia che si trovino a cavallo, sia che si trovino all'interno delle ali), devono essere accantonate e computate come un'unica offerta con applicazione del criterio del "blocco unitario" o "relativo"; d'altra parte, come evidenziato da recente giurisprudenza, le disposizioni normative in esame, rispetto al quadro previgente, presentano «contenuto e ratio del tutto analogo, nel solco di un principio quello del c.d. blocco unitario divenuto oramai di diritto vivente, si da non giustificare, in assenza di norma di inequivoco tenore diverso, il ricorso al diverso criterio c.d. assoluto» (cfr. TAR Umbria, 03/03/2020, n. 138);

RITENUTO, pertanto, che la corretta procedura da seguire per calcolare la soglia di anomalia sia quella di accantonare le offerte ricadenti nelle ali mediante il ricorso al criterio del blocco unitario, conteggiando, pertanto, una sola volta le offerte che presentano il medesimo ribasso;

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

il Consiglio



ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che l'operato della stazione appaltante, ove, ai fini del calcolo della soglia di anomalia, ha applicato il criterio assoluto e non il criterio del blocco unitario nell'accantonamento delle offerte con ribasso identico che ricadono nelle ali, non sia conforme all'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 e alle previsioni del disciplinare di gara.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente